



“Voz Unificada de la Ingeniería”

Propuesta de Adecuación del Reglamento de la Nueva LOPSRM



FOA Consultores S.C.®

Septiembre 2, 2009

Artículos de la Nueva LOPSRM Considerados

Art. 18	Propuestas no Solicitadas
Art. 21 y 24	Presupuestos para Fase de Preparación y para Fase de Ejecución
Art. 30	Incorporación de personal nacional en licitaciones
Art. 38	Solicitud de aclaraciones a propuestas
Art. 38	Puntos y porcentajes en obras y en servicios
Art. 42, XIV	Asignación directa de servicios de infraestructura
Arts. 48 y 66	Garantías
Art. 58	Ajuste de Costos Directos
Art. 74 bis	Registro Único de Contratistas
Art. 98	Compromiso arbitral
Art. 17 bis	Ley de Responsabilidades Administrativas y Código Penal
Iniciativa Ley Emergencia Económica	Opinión para su operatividad en obra pública



Art. 18 Propuestas no Solicitadas

Anterior (DOF 07- 07- 2005)

Cualquier persona podrá promover y presentar a consideración de las dependencias y entidades estudios, planes y programas para el desarrollo de proyectos, debiendo proporcionar la información suficiente que permita su factibilidad, sin que ello genere derechos u obligaciones a las mismas entidades y dependencias.

Modificado

Cualquier persona, *las entidades federativas y los municipios* podrán promover y presentar a consideración de las dependencias y entidades, estudios, planes y programas para el desarrollo de proyectos, debiendo proporcionar la información suficiente que permita su factibilidad, sin que ello genere derechos u obligaciones a las mismas dependencias y entidades.

...

Las *dependencias y entidades realizarán el análisis de los estudios, planes o programas asociados a proyectos de infraestructura, con el objeto de determinar su viabilidad*, conforme a las disposiciones referidas en el párrafo anterior, así como su congruencia con el Plan Nacional de Desarrollo y los programas correspondientes.

Asimismo las dependencias y entidades *notificarán al promovente . . . su autorización*, negativa o, en su caso, las observaciones . . . *en un plazo que no excederá de seis meses*, . . . sin que contra esta determinación proceda recurso alguno. En *caso de que no respondan* en el término *indicado, el estudio, plan o programa presentado se dará por rechazado*.

Respecto los . . . *autorizados* la dependencia evaluará dentro de dicho plazo, las condiciones y tiempos para el desarrollo de los estudios complementarios que se requieran, para contar con el proyecto de obra correspondiente.



Art. 8 del Reglamento de la Ley

Actual

Los estudios planes y programas para el desarrollo de proyectos presentados por particulares que reúnan condiciones de factibilidad y los requerimientos para ser considerados en los programas de obras de las dependencias y entidades, podrán incorporarse en los mismos para el ejercicio de que se trate, en términos del Art. 18, párrafo último, de la Ley, quedando sujetos a los procedimientos de contratación que procedan del programa de obras relativo.

Propuesta

Incorporar un incentivo que promueva este tipo de iniciativas. Se proponen a consideración dos opciones, pudiendo ser optativas para la dependencia:

- a. Otorgar a la ***propuesta no solicitada*** un carácter innovador, merecedora de mérito intelectual exclusivo.

Con base en la exclusividad, negociar una asignación directa al promotor. A la firma del contrato se transferirá a la dependencia la propiedad intelectual.
- b. Llevar a cabo una licitación pública que incluya un reconocimiento económico para el promotor del proyecto.



Arts. 21, 24 Fase de Preparación y Fase de Ejecución

LOPSRM

Art. 21.- No se modificó

Las dependencias formularán sus programas anuales de **Obra Pública y Servicios Relacionados**

VIII.- La calendarización física y funcional de recursos para ...

- Estudios
- Ejecución de trabajos
- Gastos de Operación

X.- Las investigaciones, asesorías, consultorías y estudios que se requieran, incluyendo proyectos arquitectónicos y de ingeniería necesarias.

Art. 24.- La planeación presupuestación y el gasto de obras y servicios relacionados, se sujetará a las disposiciones del PEF, así como a lo previsto en la LFPRH . . .

Propuesta para el reglamento

Art. 10.- Las dependencias y entidades al determinar el proyecto y programa de realización de cada contrato, deberán prever el presupuesto requerido en forma total y por ejercicios presupuestales, los períodos necesarios para la elaboración de los estudios y proyectos específicos de ingeniería,....

Propuesta

Añadir al reglamento en su artículo 10 la necesidad y conveniencia de agrupar la presupuestación de proyectos de infraestructura.

- Para preparación (Grupo A)
- Para ejecución (Grupo B)

Y así integrarlos en el presupuesto anual.

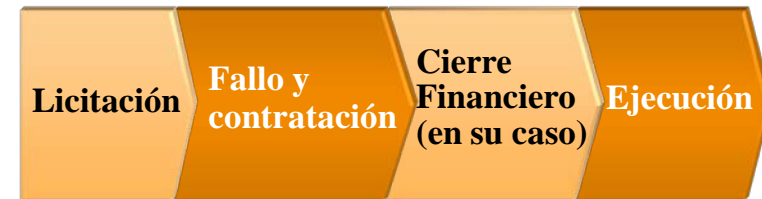


El Proceso de Preparación y Ejecución de Proyectos

Fase de Preparación



Fase de Ejecución



- Los proyectos de infraestructura requieren de largos períodos de maduración.
- Para efectos presupuestales es necesario distinguir operativamente la *fase de preparación* de la *fase de ejecución*.
- Aun cuando la fase de preparación represente del orden del 10% de la inversión total, sus tiempos de realización pueden llegar a ser similares o mayores.
- Las solicitudes presupuestales a Hacienda en septiembre debieran hacerse en dos grupos separados:
 - Grupo A – presupuestos para *preparación* de proyectos específicos (dentro del PNI).
 - Grupo B – Presupuestos para *ejecución* de proyectos específicos con preparación concluida.
- Asimismo, el Congreso debiera aprobar explícitamente cada una de las fases (sea anualmente o por multianualidad).



Actividades de los Grupos de Proyectos

Grupo A

Para Preparación

- Conceptualización
- Justificación del esquema de realización
- ***Presupuestación de la etapa de preparación***
- Estudios básicos: topografía, vuelos, mecánica de suelos, geología, etc.
- Elaboración del anteproyecto
- Evaluación socioeconómica
- Registro Unidad de Inversiones, SHCP
- Elaboración proyecto ejecutivo
- Estimación de costos (E₇)
- Obtención de dictámenes, permisos, licencias y derechos de bancos de materiales.
- Manifestación de impacto ambiental (MIA)
- Liberación del derecho de vía
- Preparación de prebases y bases de concurso
- Preparación del formato de contrato o título de concesión
- Aprobación del precio de referencia
- Preparación de prebases y bases
- Preparación del formato de contrato

Grupo B

Para Ejecución

- Publicación convocatoria
- Registro de concursantes
- Juntas de aclaraciones
- Recepción y evaluación de ofertas
- Selección del ganador y fallo
- Firma del contrato
- Entrega derecho de vía
- Aviso de iniciación de obra
- Seguimiento del supervisor y elaboración bitácora
- Manejo y gestión de contingencias
- Cumplimiento del programa y costos
- Cumplimiento cláusulas del contrato
- Aviso de terminación de obra



Art. 30 Contenido Nacional

Contenido LOPSRM	Propuesta para el Reglamento
<ul style="list-style-type: none">▪ En licitaciones públicas de carácter nacional e internacional, “deberá incorporarse <i>por lo menos treinta por ciento</i> de mano de obra nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales”	<ul style="list-style-type: none">▪ Para el caso de <i>servicios relacionados</i> con la obra pública el porcentaje de contenido nacional de mano de obra que deberá incorporarse en la licitación, podrá incluir personal profesional, especialistas y técnicos de las diversas especialidades asociadas con los servicios de la obra pública.▪ Para el caso de <i>obra pública</i>, especificar que podrá incluir personal para la ejecución, especialistas, técnicos y administrativos, mano de obra para componentes prefabricados y para manufactura de empresas nacionales



Art. 38 Posibilidad de Solicitar Aclaraciones

Contenido LOPSRM	Propuesta para el Reglamento
<ul style="list-style-type: none">■ Permite a la convocante <i>solicitar</i> al licitante las <i>aclaraciones</i> pertinentes o aportar <i>información adicional</i> para realizar la <i>correcta evaluación</i> de las propuestas. <p>La comunicación será según lo indicado en el Reglamento correspondiente</p>	<ul style="list-style-type: none">■ Las aclaraciones y/o la información adicional será solicitada por la convocante por escrito y al igual que las respuestas a las juntas de aclaraciones de los licitantes, será difundida en Compranet. Dicho procedimiento sustituirá a la notificación personal a los licitantes.■ En todo caso, las aclaraciones y/o la información adicional no deberá alterar en forma alguna las condiciones de la licitación ni podrá suplir faltantes de la propuesta del licitante.



Art. 38 Puntos y Porcentajes

Art 38. Anterior	Art. 38 Modificado
<p>Obras Públicas</p> <p>Tratándose de obras públicas ... En ningún caso podrán utilizarse mecanismos de puntos y porcentajes</p>	<p>Obras Públicas</p> <p>Atendiendo a las características de cada obra, se podrá determinar la conveniencia de utilizar el mecanismo de puntos y porcentajes.</p>
<p>Servicios</p> <p>Si se demuestra su conveniencia se utilizarán mecanismo de puntos y porcentajes para evaluar las propuestas.</p> <p>En casos de asesorías y consultorías invariablemente deberán utilizarse mecanismos de puntos y porcentajes (de acuerdo a los lineamientos que emita la SFP).</p>	<p>Servicios</p> <p>Atendiendo a las características de cada servicio se podrá determinar la conveniencia de utilizar el mecanismo de puntos y porcentajes.</p> <p>(Se elimina el párrafo)</p>



Reglamento Actual de la LOPSRM, Art. 37 A

Contenido Actual	Propuesta para el Reglamento																								
<p>Si resultara que dos o más proposiciones son solventes, se adjudicará a la que resulte económicamente más conveniente para el Estado, que será aquella que otorgue mayor certeza en la ejecución y conclusión de los trabajos, por asegurar las mejores condiciones de contratación en cuanto, calidad, a precio, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.</p> <p>Para tal efecto la adjudicación se hará a través del mecanismo de puntaje siguiente:</p> <table><tr><td>1.- Precio</td><td>50</td></tr><tr><td>2.- Calidad</td><td>20</td></tr><tr><td> Especialidad 5</td><td></td></tr><tr><td> Experiencia 5</td><td></td></tr><tr><td> Capacidad Técnica 10</td><td></td></tr><tr><td>3.- Financiamiento</td><td>10</td></tr><tr><td>4.- Oportunidad</td><td>10</td></tr><tr><td> Grado de cumplimiento 5</td><td></td></tr><tr><td> Sin problemas de rescisión 5</td><td></td></tr><tr><td>5.- Contenido nacional</td><td>10</td></tr><tr><td></td><td><hr/></td></tr><tr><td></td><td>100</td></tr></table>	1.- Precio	50	2.- Calidad	20	Especialidad 5		Experiencia 5		Capacidad Técnica 10		3.- Financiamiento	10	4.- Oportunidad	10	Grado de cumplimiento 5		Sin problemas de rescisión 5		5.- Contenido nacional	10		<hr/>		100	<p>El criterio anterior considera principalmente las características actuales e históricas del licitante.</p> <p><i>No considera lo más importante para el Estado:</i> la metodología de realización, el plan de ejecución y la programación de la obra propuestos por los licitantes.</p> <p><i>Se propone aprovechar la coyuntura del cambio para redireccionar los objetivos del procedimiento de puntos y porcentajes.</i></p>
1.- Precio	50																								
2.- Calidad	20																								
Especialidad 5																									
Experiencia 5																									
Capacidad Técnica 10																									
3.- Financiamiento	10																								
4.- Oportunidad	10																								
Grado de cumplimiento 5																									
Sin problemas de rescisión 5																									
5.- Contenido nacional	10																								
	<hr/>																								
	100																								



Obras Públicas

Se propone *suprimir* del reglamento los factores de ponderación y ubicarlos en los Lineamientos.

1. Criterio relativo al precio

(sin modificación).

2. Criterio relativo a las características (fortalezas) del licitante

Atenderá a los rubros de especialidad, experiencia y capacidad técnica del licitante en los términos del último párrafo del artículo 36 de la Ley.

a. Especialidad

Número de obras ejecutadas de la misma naturaleza considerando su cumplimiento y desempeño.

b. Experiencia

Tiempo del licitante realizando obras similares en aspectos relativos a monto, complejidad o magnitud.

c. Capacidad Técnica

Certificaciones relacionadas con el objeto de la obra en materia de calidad, integridad, seguridad y medio ambiente.

Antecedentes de cumplimiento de garantías y de los términos de contratación de las obras.



3. Criterio relativo al personal clave

Antecedentes de experiencia y de trabajo en proyectos comparables.

Cumplimiento de requisitos congruentes con el tipo de obra, grado de complejidad y monto de la misma con un mínimo relevante de años de experiencia a especificar

- Representante de la licitante
- Superintendente de obra
- Superintendentes de frentes
- Gerente de aseguramiento de la calidad



4. Criterio Relativo a la Metodología de Ejecución

a. Personal

Plan de administración del personal

Plan de contratación

b. Suministro de Insumos y Logística

Organización y programa de adquisiciones

Plan de gestión de logística

c. Seguridad

Plan de seguridad

Organización para la seguridad

d. Gestión Ambiental

Plan de gestión ambiental

Plan de mitigación de la contaminación

e. Gestión de la Calidad

Plan de gestión de la calidad

Laboratorios de prueba

f. Control de Proyecto

Propuesta de software

Acuerdos de servicio

g. Gestión de Riesgos

Plan de gestión y de mitigación de riesgos

Plan de contingencias del personal y de la logística



5. Criterio Relativo al Plan de Ejecución

a. Plan de movilización/desmovilización

Debe incorporar todas las componentes asegurando que el plan de mitigación ambiental atienda todos los aspectos.

b. Organización de la Construcción

Adecuada organización y cantidad de personal para cumplir objetivos y metas.

Programación y disponibilidad de maquinaria y equipos.

c. Programa de Trabajo

Que distinga secuencias y demuestre el entendimiento de requerimientos de la obra.

Precisión de actividades de los principales frentes y componentes de la obra.

d. Control de Calidad de la Construcción

Organización de la gestión de la Calidad

Plan de control de calidad que atienda requerimientos de la obra.



6. Criterio Relativo al Contenido Nacional

Consideración respecto de los siguientes componentes

- a. Materiales
- b. Maquinaria, equipo de instalación permanente
- c. Personal ejecutivo, técnico y de subcontratistas
- d. Trabajadores de la construcción
- e. Consumibles



Ponderación de Criterios (el Lineamientos)

Obra Pública

Se proponen para los lineamientos de la SFP los siguientes rangos:

Criterios	Factores de Ponderación	Ejemplo 1	Ejemplo 2
1. Criterio relativo al precio	[45 - 50]	45	50
2. Criterio relativo a características del licitante	[5 - 10]	5	5
3. Criterio relativo al personal clave	[5 - 10]	8	5
4. Criterio relativo a la metodología de ejecución	[10 - 20]	12	10
5. Criterio relativo al plan de ejecución de la obra	[20 - 30]	25	20
6. Criterio relativo al contenido nacional	[5 - 10]	5	10
	Σ	100	100

1 Obra de alto grado de complejidad

2 Obra estándar



Servicios Relacionados

Se propone suprimir del reglamento los factores de ponderación y ubicarlos en los lineamientos.

1. Criterio relativo al precio
(sin modificación).

2. Criterio relativo a las características (fortalezas) del licitante

Atenderá a los rubros de especialidad, experiencia y capacidad técnica del licitante en los términos del artículo 36 de la Ley.

a. Especialidad

Número de servicios (estudios, diseños, gerencias de proyecto, capacitación) realizados de la misma naturaleza, considerando su cumplimiento y desempeño.

b. Experiencia

Tiempo del licitante realizando servicios similares en aspectos relativos a monto, complejidad o magnitud.

Referencias de clientes e instituciones financieras

c. Capacidad Técnica

Certificaciones relacionadas con el objeto del servicio en materia de calidad, integridad, evaluación de la conformidad, seguridad y medio ambiente.

Organización y administración del licitante.



3. Criterio relativo al personal clave

Antecedentes de experiencia y de trabajo en servicios comparables.

Cumplimiento de requisitos congruentes con el tipo de servicio, grado de complejidad e intensidad de participación, con un mínimo relevante de años de experiencia a especificar.

Intensidad de participación propuesta (horas-hombre) por el licitante para su personal clave:

- Director del Proyecto
- Directores de las áreas por especialidad
- Asesores del proyecto



4. Criterio Relativo a la Metodología de Realización

a. Compresión de los objetivos

Cumplimiento de los términos de referencia
Estructuración de las actividades del servicio
Metodología para obtención de entregables

b. Valor Agregado del Servicio

Innovaciones propuestas
Transferencia de tecnología/conocimientos

c. Gestión de la Calidad

Plan de gestión de la calidad

d. Control de los Servicios

Plan de control del servicio



5. Criterios Relativos al Plan de Realización de los Servicios

a. Organización de los Servicios

Adecuada estructura organizativa de los servicios y asignación de personal para cumplir objetivos y tiempos de realización.

b. Programa de Trabajo

Que distinga secuencia y demuestre el entendimiento de los requerimientos del servicio.

Precisión de actividades de los componentes del servicio y de la obtención de los productos entregables.

c. Control de Calidad de los Servicios

Organización de la gestión de la calidad



6. Criterio relativo al Contenido Nacional

Consideración respecto de los siguientes componentes

- a. Nacionalidad mexicana del licitante (en licitaciones internacionales)
- b. Personal clave
- c. Personal de apoyo

* Empresa mexicana.- persona moral cuyo capital social sea propiedad de personas de nacionalidad mexicana en un porcentaje igual o superior al 51%.



Ponderación de Criterios (el Lineamientos)

Servicios Relacionados

Se proponen para los lineamientos de la SFP los siguientes rangos:

Criterios	Factores de Ponderación	Ejemplo 1 Estudios Factibilidad	Ejemplo 2 Diseño Ing.	Ejemplo 3 Gerencia de Proyecto
1. Criterio relativo al precio	[10 - 30]	30	10	20
2. Criterio relativo a características del licitante	[10 - 15]	15	15	15
3. Criterio relativo al personal clave	[20 - 25]	20	25	25
4. Criterio relativo a la metodología de realización	[15 - 20]	15	20	15
5. Criterio relativo al plan de realización de los servicios	[10 - 15]	10	15	10
6. Criterio relativo al contenido nacional	[10 - 15]	10	15	15
	Σ	100	100	100



Art. 42. XIV Asignación Directa de Servicios

Modificación	Propuesta a la SFP
<p>Art. 42, XIV</p> <p>• • •</p> <p>Se trate de <i>servicios</i> para elaborar o concluir los estudios, planes o programas que permitan <i>licitar</i> obra pública asociada a proyectos de infraestructura, cuando el precio no sea mayor al 4% del monto total del proyecto, o bien 40 millones de pesos, <i>debiéndose adjudicar directamente</i> el contrato respectivo.</p>	<p style="text-align: center;"><i>Reglamento</i></p> <ul style="list-style-type: none">▪ Otorgar facultades al Comité de Obras para integrar un registro de precios de referencia de los servicios incluidos que concentre cotizaciones actualizadas de cada servicio, remitidas por las personas físicas o morales incluidas en el Registro Único de Contratistas, o por sus cámaras o colegios.▪ Autorizar al Comité de Obras la participación de expertos como invitados a la sesión del Comité.▪ El Comité de Obras asignará servicios directamente a empresas de la especialidad que muestren altos niveles de desempeño en el Registro Único de Contratistas.▪ El Comité elaborará el escrito previsto en el artículo 41 de la Ley, párrafo segundo, para un <i>dictamen simplificado</i> de procedencia de excepción a la licitación pública a que se refiere el artículo 42, XIV de la propia Ley, mismo que tiene por objeto acreditar que el procedimiento se funda y motiva en criterios de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez.



Art. 42 XIV (continuación)

Dictamen Simplificado Propuesto

Motivación

- Se especificará con precisión porqué el servicio asignado directamente se requiere para elaborar o concluir estudios, planes o programas que permitan licitar la obra pública asociada a un proyecto específico de infraestructura, como señala el artículo 42, XIV de la Ley.

Fundamentación de la Decisión

- Porque la contratista seleccionada, al contar con un alto nivel de desempeño en el Registro Único de Contratistas de servicios de la dependencia o entidad (o de manera transitoria en la lista de ***empresas certificadas*** de la cámara que le corresponde) fundamenta los criterios de eficacia y honradez.
- Porque los precios unitarios de la contratista reflejan los señalados por su cámara correspondiente como señala el reglamento.
- Porque el monto total del contrato refleja los precios de referencia de los servicios solicitados, conforme al registro de precios similares del Comité de Obras de la dependencia o entidad, fundamentando así la eficiencia.
- Porque al hacerlo el Comité de Obras refleja la transparencia del proceso.



Art. 42 XIV (continuación)

Lineamientos Propuestos a la SFP para la Determinación de los Precios

- 1.- El artículo y su fracción se refieren a servicios que permitan licitar obra pública materia de la Ley:
 - a. proyectos de obra pública asociados a infraestructura de las dependencias y entidades (PEF y concesiones)
 - b. proyectos de prestación de servicios (Art. 2)
 - c. proyectos de obra pública no solicitados (Art. 18)
- 2.- Los **proyectos de infraestructura** a los que refiere serán los que define el propio Art. 2 de la Ley:
proyectos de infraestructura: comunicaciones y transportes, hidráulico, medio ambiente, turístico, educación, salud y energético.
- 3.- Los **estudios** a los que se refiere el artículo y su fracción serán los que permitan licitar la obra pública (Art. 4), los cuales se especifican en las Normas Técnicas de la Obra Pública (incluyen gerencia de obra que debe iniciarse desde la etapa de planeación, aun cuando no incluya la supervisión de la obra, servicio que se contrata con posterioridad a la licitación de la obra pública).
- 4.- Los **programas o planes** a que se refiere el artículo y su fracción corresponden a servicios que permitan la planeación, la evaluación y la realización de actividades complementarias de **conjuntos** de proyectos de obra pública de características similares (Ej. Programa de carreteras de PPS, plantas de tratamiento de aguas residuales, conjunto de plantas de ciclo combinado, conjunto de proyectos de infraestructura de una determinada región territorial).



- 5.- Los proyectos de obra pública a los que se refiere el Art. 42 XIV son aquellos para los cuales el monto total que se pretende licitar no excede de los 1000 MDP, (75 MUSD). (Convendría identificar mecanismos para poder aumentar el techo si resulta conveniente para el Estado)
- 6.- El precio total del conjunto de servicios que habrán de adjudicarse directamente y que permitirán en algunos casos *concluir* los estudios para licitar y en otros *elaborar* los estudios para licitar el precio del conjunto no excederá a 40 MDP o del 4% del monto total del proyecto, lo que resulte menor.
- 7.- Por lo que se refiere a los precios de cada uno de los servicios necesarios para licitar y que habrán de adjudicarse directamente, estos responderán a una negociación directa de la dependencia o entidad con el adjudicado, siempre y cuando se cumpla con el Art 134 Constitucional, asegurando al Estado la calidad, precio y oportunidad del servicio contratado.
- 8.- Para este efecto, cualquiera que sea el mecanismo que utilice la dependencia o entidad para cerciorarse de dicho cumplimiento, este deberá quedar motivado y fundamentado por escrito en términos de Ley.
- 9.- Las dependencias y entidades podrán para ello hacer un dictamen directamente, apoyarse en el dictamen de una asesoría externa especializada y certificada por terceros, o en peritos expertos independientes certificados en términos de Ley (Art. 5° Constitucional).
- 10.- Para asegurar la utilización de esta nueva disposición será necesario que la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos y/o su reglamento no lo impidan, particularmente después de la modificación reciente ligada al Código Penal.



- 11.- Como alternativa al cambio de Ley se propone diseñar un formato de *dictamen simplificado y sistematizado* que permita al ejecutor de infraestructura aplicarlo directamente para el Art. 42, XIV (ver el propuesto en la pág. 24).
- 12.- El dictamen simplificado deberá complementarse con una disposición conjunta de la SFP y de la SHCP. Adicionalmente se recomienda la realización de un taller para las áreas usuarias, que indique la forma de uso de este tipo de dictamen, así como la forma de selección de empresas: dentro del *Registro Único de Contratistas* (Art. 24) y/o empresas certificadas registradas en su cámara correspondiente, como artículo transitorio en el reglamento nuevo, en tanto el primero esté disponible en Compranet.
- 13.- El dictamen en cuanto a materia de precios deberá acreditar que los presupuestos de servicios de profesionales y personal técnico de apoyo reflejen lo recomendado por los aranceles de la Cámara Nacional de Empresas de Consultoría (CNEC), tratándose de empresas, del Colegio de Ingenieros Civiles de México (CICM) o de otros colegios de profesionales tratándose de personas físicas.
- 14.- Para efectos del precio total del servicio, el dictaminador recurrirá a su juicio de idoneidad basado en su experiencia profesional, mismo que tendrá que motivar y fundamentar conforme a la calidad, precio y oportunidad del servicio como parte de su dictamen, en tanto se tienen precios de referencia disponibles en el Registro Único de Contratistas en Compranet.
- 15.- El seguimiento de estos lineamientos, aunado a la adición del Art. 17 Bis. De la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos facilitarán la protección de los funcionarios responsables para la utilización de la nueva fracción XIV del Art. 42 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados.



Taller para Acelerar la Terminación de Proyectos

Realización de un Taller para la utilización del Art. 42, XIV de la LOPSRM

- Participación de la SFP, SHCP y Gerentes de Auditoría de las dependencias y entidades ejecutoras de infraestructura.
- Asistencia de funcionarios ejecutores de obras de infraestructura de alto nivel y niveles operativos.
- Explicación de los lineamientos de la SFP para el Art. 42 XIV y la integración de dictámenes sistemáticos y simplificados.
- Aclaraciones de la nueva concepción para la aplicación de los Arts. 80, 81 y 82 sobre sanciones y el nuevo Art. 17 bis de la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.
- Complementariamente invitar a un taller especial con la Auditoría Superior de la Federación.



Art. 48 y 66 Garantías

Ley Anterior

Art. 48 – Los contratistas . . . deben garantizar

I. **Los anticipos**, dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de notificación del fallo . . .

II. **El cumplimiento de los contratos**, dentro de los quince días siguientes a la fecha de notificación del fallo

Para los efectos de este artículo, los titulares de las dependencias o los órganos de gobierno de las entidades, fijarán las bases, la forma y el porcentaje a los que deberán sujetarse las garantías que deben constituirse.

En los casos señalados en los artículos 42, fracciones IX y X (mano de obra campesina, servicios relacionados prestados por persona física. . .) y 43 de esta Ley (por invitación o asignación directa que no exceda montos máximos . . .) el servidor público facultado para firmar el contrato, bajo su responsabilidad, podrá exceptuar a los contratistas de presentar la garantía del cumplimiento.

Modificación

Art. 48 – Los contratistas . . . deben garantizar

I. **Los anticipos en la fecha y lugar establecidos** en la **convocatoria a la licitación**, o en su defecto, dentro de los quince días naturales siguientes a . . .

II. El **cumplimiento** de los contratos, **en la fecha y lugar establecidos en la convocatoria a la licitación**, o en su defecto, dentro de los quince días naturales . . .

(sin modificación)

(se incluye)

considerando los **antecedentes de cumplimiento de los contratistas** en los contratos celebrados con **las dependencias y entidades**, a efectos de **determinar montos menores** para éstos de acuerdo con los lineamientos que para ello emita SFP.

(sin modificación)



Propuesta de Lineamientos a la SFP

1. Garantía de Cumplimiento

- Establecer el lineamiento que señale que, una vez especificado en las bases el porcentaje del monto autorizado al contrato como garantía de cumplimiento, se especificará que el licitante ganador habrá de garantizar con un porcentaje menor, si registra un máximo nivel de cumplimiento en contratos anteriores según el Registro Único de Contratistas de la dependencia o entidad, disponible en Compra Net.

El primer año completo del Registro, la SFP hará la disposición general de reducir cada año, por cinco años, un 10% al porcentaje solicitado de garantía. Al término de cinco años del registro, si el cumplimiento de la licitante ha sido total, en caso de ser ganadora, podrá dar como garantía de cumplimiento hasta la mitad del porcentaje solicitado en las bases.

- Se modificaría el Art. 60 del **Reglamento** actual para que se señale lo siguiente:

Art. 60.- La garantía de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, no podrá ser menor al diez por ciento del monto total garantizado al contrato en cada ejercicio, **salvo lo que permita la aplicación del Art. 48 de la Ley.**

2. Garantía del Anticipo

Se propone a la SFP publicar un lineamiento para la aplicación del Art. 50, II, 2º párrafo, en relación con los servicios relacionados y el impulso de la Ley de PYMES:

Que en licitaciones nacionales de contratos de servicios relacionados con la obra pública de montos menores a los 5.0 mdp, se otorguen anticipos entre el 10% y el 20% para el impulso de PYMES.



Art. 66 Garantías de Vicios Ocultos

Ley Anterior	Nueva Modificación
<p>Art. 66.- Concluidos los trabajos, el contratista quedará obligado a responder de los defectos que resultaren en los mismos, de los vicios ocultos y de cualquier otra responsabilidad en que hubiera incurrido</p>	<p>(sin cambio)</p>
<p>• • • • • • • • •</p>	
<p>En los casos señalados en los artículos 42, fracciones IX, X y 43 de esta Ley, el servidor público que haya firmado el contrato, bajo su responsabilidad, podrá exceptuar a los contratistas de presentar la garantía a la que se refiere este artículo.</p>	<p>En los casos señalados en el artículo 42, fracciones IX y X de esta Ley, <i>así como cuando se trate de servicios relacionados con la obra pública</i>, el servidor público que haya firmado el contrato, bajo su responsabilidad, <i>podrá exceptuar</i> a los contratistas de presentar la garantía a la que se refiere este artículo, <i>lo cual deberá en su caso, establecerse desde la convocatoria a la licitación y en el contrato respectivo.</i></p>



Art. 66 Garantías de Vicios Ocultos (Servicios)

Propuesta a la SFP:

Publicar un lineamiento que oriente al servidor público sobre la excepción de garantía de vicios ocultos, tratándose de servicios relacionados con la obra pública.

Señalándose en los lineamientos que el servidor público podrá exceptuar a los contratistas que demuestren el cumplimiento de contratos anteriores con la dependencia o entidad en los últimos años (según el avance del Registro Único de Contratistas de Compra Net).



Art. 58. Ajuste de Costos Directos

Ley Anterior	Modificación
<p>Art. 58.- La aplicación de los procedimientos de ajuste de costos a que se refiere el artículo anterior se sujetará a lo siguiente:</p>	<p>Art. 58.- La aplicación de los procedimientos de ajuste de <i>costos directos</i> a que se refiere el artículo anterior se sujetará a lo siguiente:</p>
<p>II.- Los incrementos o decrementos de los costos de los insumos serán calculados con base en los índices nacionales de precio productor con servicios que determine el Banco de México.</p> <p>Cuando los índices que requieran tanto el contratista como la dependencia o entidad, no se encuentren dentro de los publicados por el Banco de México, las dependencias y entidades procederán a calcularlos conforme a los precios que investiguen, utilizando los lineamientos y metodologías que expida el Banco de México.</p>	<p>II.- Los incrementos o decrementos de los costos de los insumos serán calculados con base en los <i>índices de precios al productor y comercio exterior/actualización de costos de obras públicas</i> que determine el Banco de México.</p> <p>Cuando los índices que requieran tanto el contratista como la dependencia o entidad, no se encuentren dentro de los publicados por el Banco de México, las dependencias y entidades procederán a calcularlos <i>en conjunto con el contratista</i> conforme a los precios que investiguen, <i>por mercadeo o directo o en publicaciones especializadas nacionales o internacionales considerando al menos tres fuentes distintas</i> ó utilizando los lineamientos y metodología que expida el Banco de México.</p>



Modificación al Art. 148 del Reglamento de la LOPSRM

I. La relación de los índices de precios al productor y *comercio exterior/actualización de costos de obras públicas* que determine el Banco de México o, en su caso, los *índices investigados conjuntamente* por las dependencias o entidades y el contratista.

Recomendación Complementaria

Puesto que el Banco de México explora la conveniencia de que sea el INEGI quién se responsabilice de los índices, en tanto esto no tenga una precisión final, cualquier modificación derivada del cambio a la LOPSRM debiera ser gestionada por la SFP vía disposiciones administrativas.



Art. 74 bis. Registro Único de Contratistas

Situación Actual del Reglamento

Art. 25- Reglamento

El **registro de contratistas** de las dependencias y actividades deberá contener cuando menos:

- I.- Nombre y razón social y domicilio de la contratante.
- II.- Información del número de escritura constitutiva, reformas, datos y su registro público de comercio.
- III. Relación de accionistas.
- IV.- Nombre de representantes legales con su acreditación y Registro Público de Comercio.
- V.- Especialidad (es) de la contratista e información de contratos de obras o servicios que lo acrediten.
- VI.- Experiencia acreditada con contratos de obras o servicios.
- VII.- Información (acreditada) referente a la capacidad técnica, económica y financiera.
- VIII.- Antecedentes de cumplimiento de contratos.

Modificación a la LOPSR

Art. 74 bis. LOPSRM

El Sistema integral de información contará, en los términos del Reglamento, con un **registro único de contratistas**, el cual los clasificará por actividad, datos generales, nacionalidad, e historial en materia de contrataciones y su cumplimiento.

Propuesta

- Deberá entenderse que el registro único por especialidad deberá permitir cruzar la información de todas las dependencias y entidades fungiendo como buró de cumplimiento.
- El historial y cumplimiento deberá diseñarse de la manera más simplificada posible.
- Los contratos de obras y servicios por su especialidad, características y montos debieran permitir su análisis estadístico para generar precios referenciales totales a la dependencia o entidad.



Registro Único de Contratistas (RUC)

Recomendaciones a la SFP:

Objetivo del RUC:

- Mantener actualizadas las características, especialidades y certificaciones de los contratistas de la obra pública y servicios relacionados de todas las dependencias y entidades con facilidades para el análisis cruzado de la información.
- Documentar el desempeño de los contratistas en contratos ejecutados para la dependencia o entidad, entendido como el grado de cumplimiento de los compromisos adquiridos por el contratista como parte de los términos de los contratos suscritos con la dependencia o entidad.
- Permitir a la dependencia o entidad la selección por especialidad a contratistas invitados a licitación restringida o asignación directa, en función de sus niveles de desempeño. (aplicación del Art. 42, XIV), bien o practicar dictámenes simplificados requeridos para la aplicación del Art 42, XIV de la Ley.
- Para seleccionar consultores que se contraten por asignación directa según su nivel de desempeño, con el objeto de realizar los dictámenes simplificados que permitan a la entidad o dependencia la aplicación del Art. 42, XIV de la Ley.
- Para justificar, en su función de sus niveles de desempeño los montos menores en garantías que señala el Art. 48 de la Ley.



Art. 98 Cláusula Arbitral

Modificación de la Ley

Art. 98.-

Se podrá convenir **compromiso arbitral** respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes

- Por interpretación a las cláusulas de los contratos
- Por cuestiones derivadas de su ejecución

en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta Ley.

Art.102.- Las partes podrán convenir **otros mecanismos de solución de controversias** para resolver sus discrepancias sobre la interpretación o ejecución de los contratos siempre que su procedimiento esté reconocido en las disposiciones generales que al efecto emita la SFP.

Recomendaciones

Los nuevos artículos 98 y 102 dan un paso calve para que la contratación de obra pública y servicios relacionados sea con **estándares mundiales**.

Las empresas nacionales **hasta ahora en desventaja** con las internacionales, cuyos tratados de libre comercio con México les permiten la cláusula arbitral, podrán tener un campo nivelado en este rubro.

Se recomienda una homologación con la práctica internacional (ver Anexo).

El compromiso arbitral debe ser vinculante y definitorio como alternativa a la litigación en tribunales.

Se recomienda a la función pública incluya los otros mecanismos estándares que utilizan la ingeniería y la construcción internacionales, entre otros el **mecanismo de “adjudication”** (ver Anexo), como métodos expeditos para la resolución de controversias.



Art. 98 Compromiso Arbitral (continuación)

Recomendaciones a la SFP

- Su importancia amerita un proceso gradual de aplicación, cada vez más institucional, para lograr una instrumentación que favorezca el desarrollo de la infraestructura, ofreciendo un campo de juego nivelado a ambas partes, así como a todos los licitantes nacionales e internacionales.
- Establecer límites de montos de contrato a partir de los cuales la práctica internacional de la cláusula arbitral debe incluirse de manera sistemática en el contrato, (más de 500 mdp en obras y más de 50 mdp en servicios).
- Para estos mecanismos de resolución de controversias, la SFP podría organizar un taller, invitando a expertos internacionales para la discusión de ventajas y desventajas de los diversos esquemas: (Ver Anexo)
 - Comités de **Adjudicación** de controversias
 - Comités de **Revisión** de controversias
 - Comités **Combinados** de controversias
- Para otros mecanismos de solución de controversias, las cámaras, como es la práctica internacional y la experiencia de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), deberán formular sus procedimientos estrictos para integrar su lista de expertos adjudicadores y mediadores*.

* FIDIC INfo 07.- List of Adjudicators, www.fidic.org



Ley de Responsabilidades

- El sentir de la Voz Unificada de la Ingeniería es que la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos amerita una revisión integral, aun sobre su conformidad con la Constitución de la República.
- Particularmente ahora que se prepara una iniciativa de Ley de Emergencia Económica que requiere dinamizar el proceso decisional de los servidores públicos sin el acotamiento excesivo de la Ley de Responsabilidades.
- A reserva de lo anterior, se proponen algunas precisiones al cambio realizado a la misma y publicada en el Diario Oficial el 28 de mayo de 2009.



Art. 17 bis Ley de Responsabilidades Administrativas (LRASP)

LOPSR Modificada

Art. 80

:

La SFP en el uso de sus atribuciones de la LRASP, **podrá abstenerse** de iniciar los procedimientos previstos de imponer sanciones administrativas, cuando de las investigaciones o revisiones practicadas se advierta.

a. que el acto u omisión **no es grave** (Arts. 8 y 13 de la LRASP señalan casos graves), o no implica la posible comisión de un delito o perjuicio patrimonial a la dependencia o entidad,

(se añadió):

b. o que el acto u omisión fue corregido o subsanado de manera espontánea por el servidor público o

c. implique error manifiesto y en cualquiera de estos supuestos, los efectos que, en su caso, **hubieran** producido desaparecieron, o se hayan resarcido.

LRASP Modificada

Art 17 bis (se adiciona)

Art. 17 bis.- La Secretaría, el contralor o el titular del área de responsabilidades **podrán abstenerse de iniciar el procedimiento** disciplinario previsto en el Art. 21 de esta Ley o de imponer sanciones administrativas a un servidor público, cuando de las investigaciones o revisiones practicadas adviertan que se actualiza la siguiente hipótesis:

a. Que por una sola vez, por un mismo hecho y en un periodo de un año, la actuación del servidor público, en la atención, trámite o resolución de asuntos a su cargo, está referida a una cuestión de criterio o arbitro opinable o debatible, en la que válidamente puedan sustentarse diversas soluciones, siempre que la conducta o abstención no constituya una desviación a la legalidad y obren constancias de los elementos que tomó en cuenta el servidor público en la decisión que adaptó.

b. o que el acto u misión fue corregido o subsanado de manera espontánea por el servidor público.

c. o que implique error manifiesto y en cualquiera de estos supuestos, los efectos que, en su caso, se hubieran producido, desaparecieron o se hayan resarcido



Propuesta

Primera.- Que la SFP publique el señalamiento explícito de que, tratándose de actos u omisiones relacionadas con obras públicas se aplicará el Art. 80 de la LOPSRM y no el Art. 17 bis que limita a que por una sola vez, por un mismo hecho y en un periodo de un año se podrán abstener de iniciar los procedimientos disciplinarios previstos.

Segunda.- Qué en el reglamento de la LOPSRM se *señale* que el Art. 80 en su parte que se refiere a actos u omisiones no graves, incluye lo especificado en el inciso (a) del Art. 17 bis de la LRASP:

a.- . . .la actuación del servidor público, en la atención, trámite o resolución de asuntos a su cargo, está referida a una cuestión de criterio o arbitreo opinable o debatible, en lo que válidamente pueden sustentarse diversas soluciones, siempre que la conducta u abstención no constituya una desviación de la legalidad y obren constancias de los elementos que tomó en cuenta el servidor público en la decisión que adoptó.

Señalando también que al tratarse de obra pública no estará acotada a una sola vez en un periodo de un año.



Ley de Responsabilidades Administrativas

LRASP Actual

Título Cuarto, Capítulo Único

De las acciones preventivas para garantizar el adecuado ejercicio del servicio público.

Art 49.- La SFP . . . Emitirá un Código de Ética que **contendrá reglas claras** para que, en la actuación de los servidores públicos, impere invariablemente una conducta digna que responda a las necesidades de la sociedad y que **oriente su desempeño** en situaciones específicas que se les presenten . . .

Propuesta

- La emisión del Código de Ética está cumplida.
- **Las reglas claras que orienten el desempeño** pueden mejorarse sustancialmente para **proteger** a la mayoría de los servidores públicos que actúan con integridad, que hasta ahora están indefensos.
- Se propone formular un **sistema de cumplimiento de la integridad ética** en materia de obra pública y servicios relacionados, cuyos procedimientos documentados y seguidos por el servidor público sirvan como constancia de su cumplimiento, en el caso de una eventual investigación de los órganos de control.
- Como ejemplo del sistema se recomienda ver el que la Federación Internacional de Ingenieros Consultores, FIDIC ha entregado al Banco Mundial, “Government Procurement Integrity Management System”, GPIMS, FIDIC, http://www1.fidic.org/resources/integrity/gpims_guidelines_sep06_pgb.pdf; www.fidic.org



Iniciativa de Ley de Emergencia Económica

- En materia de Obra Pública y Servicios Relacionados, la opinión de la Voz Unificada de la Ingeniería es que ésta no será posible sino se lleva a cabo una modificación sustantiva a la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.
- Concretamente el Art. 17 bis deberá cambiarse de potestativo para los órganos de control en los casos a que se refiere el artículo para que el mandato sea claro de que *no se iniciarán* los procedimientos disciplinarios en los casos que incluya.
- Asimismo, deberá de eliminarse la limitación a una sola vez, por un mismo hecho, y en un período de un año.
- La SFP deberá estudiar a fondo y proponer un sistema documentado de cumplimiento para la preparación de proyectos de infraestructura y para su ejecución que proteja al servidor público honesto que resulta ser la gran mayoría.



Anexo
Procedimiento de Arbitraje



Dispute review boards

Dispute review boards are increasingly being used on international construction projects to resolve disputes in the first instance. This briefing addresses the rationale for the use of such boards and looks at the approach adopted by standard forms and institutions including the World Bank and the ICC.

On major construction projects, parties will ideally have a ‘fast track’ means of resolving their disputes in the first instance. This allows work on the project to continue until completion, with the opportunity for disputes to be finally resolved through litigation or, more often, arbitration proceedings (which can take months, often years, to conclude) independent of the project’s timetable.

Many parties in international construction projects are increasingly providing for adjudication by a dispute review board in their dispute resolution provisions. Standard forms commonly used on international construction projects, such as those produced by Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils (FIDIC), provide for the use of dispute review boards as a precursor to litigation or arbitration, as do the World Bank’s standard bidding documents.

Arbitral institutions have also endorsed such procedures. For example, the American Arbitration Association (AAA) and the International Chamber of Commerce (ICC) have each issued procedural rules for dispute review boards. These are discussed below.

Evolution

Dispute review boards, sometimes referred to as dispute boards or dispute adjudication boards, evolved from the role of the engineer as decision-maker in the first instance under various standard forms of construction contracts. For example, earlier editions of the FIDIC contracts provided that disputes were to be determined in the first instance by the engineer under the contract.

The engineer’s decision was binding upon the parties until it was reversed by arbitration.

Contractors increasingly became cynical about the engineer’s impartiality, particularly where the employer appointed an in-house engineer to fulfil the role. Lenders to major international construction projects (such as the World Bank) also became concerned over the potential lack of independence and pressed for alternative means of decision-making in the first instance. As a result, panels of experts with particular skills, expertise and familiarity with the type of project or industry in question began to be used during the 1980s and 1990s. These panels were first used on major international construction projects such as the Channel Tunnel project, the Hong Kong airport project and the Ertan project in Sichuan Province, China.

In the US, the concept of using a standing panel of impartial, qualified people to provide non-binding recommendations for resolving disputes developed during the 1970s and 1980s, when such boards were used on various construction projects, including the second bore of the Eisenhower Tunnel (Colorado), the Mount Baker Ridge Highway Tunnel (Washington) and the Chambers Creek Tunnel (Washington). Historically, these boards were used in the US largely for tunnel projects. However, by the mid-1990s they were being used on other types of heavy construction work (for instance, highways), and building and process contracts, involving a variety of employers including American Telephone & Telegraph, the Hawaiian Department of Transportation and the International Monetary Fund.



As noted above, most institutions and organisations involved in major international construction projects now include dispute review board provisions in their standard form contracts or in their terms and conditions. For example, each of the current editions of FIDIC's Red Book, Yellow Book and Silver Book include adjudication by a dispute review board as the first tier of binding dispute resolution prior to arbitration. The World Bank also includes dispute review board provisions in its *Standard Bidding Documents – Procurement of Works* (May 2005), which is the standard form of contract used on large-scale civil works projects funded by the World Bank where the estimated costs are more than \$10m. Additionally, the World Bank and other multilateral development banks and international financing institutions have prepared a *Master Bidding Document for Procurements of Works and User's Guide* (July 2005), which is intended to be used as a model for such organisations in issuing their own standard bidding documents relating to projects that they decide to finance. That document also includes dispute review board provisions and has been incorporated by various development banks (for instance, the Asian Development Bank and the European Bank for Reconstruction and Development) into their standard bidding documents.

The AAA publishes its own *Construction Industry Disputes Review Board Procedures* that parties can adopt. The ICC introduced its own *Dispute Board Rules* in September 2004. The ICC rules provide for 'dispute adjudication boards' (panels that make binding interim decisions); 'dispute review boards' (panels that make non-binding recommendations that become binding if neither party expresses dissatisfaction within 30 days of receiving the recommendation); and 'combined dispute boards', which usually issue recommendations as a 'dispute review board' but may in certain limited circumstances make interim binding determinations as a 'dispute adjudication board' (eg if one party requests that the panel do so, and the other party does not object).

Although dispute review boards have been primarily a feature of international construction projects to date, there has been increasing interest in extending their use to other industries/sectors. The ICC, for instance, has drafted its dispute review boards rules with a view to their being used on 'a wide range of contracts in different industries'.

Key features of dispute review boards

Composition

Dispute review boards can comprise a single person or a panel of three or five members. It is prudent to keep the number of members to an odd number, so that it is possible to achieve a majority decision where the panel cannot reach unanimity. Dispute review board members are often required to possess expertise and skills in the type of project/industry in question. The members are independent of the parties and are expected to be able to take the initiative in investigating and ascertaining the facts and law related to the dispute. It is usual to include provisions in the terms of appointment of each member of the dispute board that the panel's discussions are to remain confidential in respect of any non-parties or subsequent litigation or arbitration proceedings. In particular, the dispute review board members would generally be barred from participating in any subsequent litigation or arbitration proceedings.

Standing/ad hoc

Parties may opt to appoint a standing dispute review board from the outset, which will remain in place until the end of the construction of the project, or appoint a board only if a dispute arises (ie on an ad hoc basis).

The primary advantage of a standing dispute review board is that whenever a dispute arises, the members of the panel will have a high degree of familiarity with, and understanding of, the project and its progress and the panel will generally be readily available to render a decision within a relatively short period of time. A standing panel may also be able, if desired by the parties, to act as an informal sounding board when issues first arise and before they are formally referred to dispute resolution.

However, the disadvantages of using standing panels are the cost, as the members will generally expect to be paid an annual retainer, and the difficulty in identifying suitably qualified people who may have the expertise to consider the full range of potential disputes that may arise.

Time limits

Parties submit their disputes to the dispute review board for quick decisions. Therefore, it is important to specify a



time limit within which the dispute review board is to reach its decision. Time limits prescribed in the commonly used standard forms and institutional procedural rules range from 14 days (AAA), 84 days (World Bank and FIDIC) to 90 days (ICC). It is prudent for parties to reserve the right to extend this period where appropriate, to avoid the argument that the decision is of no effect if it is delivered outside the prescribed time.

Jurisdiction and procedure

Parties are free to determine the jurisdiction of the dispute review board and the rules of procedure it should follow in resolving disputes. It is common to restrict the dispute review board's jurisdiction to disputes formally referred to it by the parties. Most of the standard forms/institutional rules (with the exception of the AAA) do not empower the dispute review board to require disputes arising under different contracts to be joined or consolidated with disputes arising under the contract in question, even if the same parties are involved in both disputes or the disputes arise out of the same events or circumstances (eg disputes in relation to a main contract and a sub-contract dispute). However, parties are free to include provisions in their contracts for joinder and/or consolidation of related disputes before one panel and avoid the risk of inconsistent decisions.

Where the parties have not adopted a standard form or a set of institutional rules, and have instead opted for bespoke provisions, they will need to set out the dispute review board's procedure. Procedural matters to be considered include: starting proceedings (making the reference, notifying the dispute review board and the other party etc); exchanging of statements, requesting clarification or additional information; conducting oral hearings and convening meetings; using legal advisors; the dispute review board's powers to appoint its own advisors on matters of legal interpretation or technical expertise outside its expertise; and powers to open up, review and revise any decision, notice or certificate etc given in the administration of the contract.

Parties are also free to allow the dispute review board to determine its own procedure. However, it is important to bear in mind that dispute review boards are not acting in a judicial capacity but as experts. As experts, the dispute review board can adopt an inquisitorial, investigative

approach and need not refer the results to the parties before making the decision. They are not required to follow the rules of natural justice and there is no objective standard of fairness that must be complied with. Therefore, it is still sensible for parties, where they have given the dispute review board a free reign on procedure, to at least outline limited parameters within which they are comfortable for the dispute review board to operate.

Decision/recommendation

Depending on the jurisdiction, the parties' agreement or procedural rules adopted, the dispute review board's decision may be binding pending final determination of the dispute by the court or an arbitral tribunal (as provided for in the standard form contracts of FIDIC, the World Bank and dispute review boards created under the ICC DB Rules), or a mere recommendation which the parties are free to comply with or reject and proceed directly to arbitration or litigation for resolution of the dispute (as is common in the US and with dispute review boards created under ICC DB Rules). Again, depending on the contractual provisions or institutional rules, the dispute review board's decision may need to be either unanimous, or a majority decision only may suffice. For example, the ICC rules require a three-member dispute review board to make every effort to reach a unanimous decision. Where this cannot be achieved, a majority decision is permissible.

Enforcing the dispute review board's decision

The dispute review board's decision is neither an arbitral award capable of enforcement under the New York Convention, nor does it have the status of a court judgment. Instead, the decision is binding only as a matter of contract between the parties and the appropriate method of enforcing a dispute review board's decision is by way of an action for breach of contract. Accordingly, the provisions of the parties' bespoke agreement, standard form or institutional rules will govern its effect. As noted above, it may, should the contractual provisions or rules so provide, constitute only a recommendation which is not binding on the parties at all and as such is not enforceable. Typically, the decision will be binding unless and until reversed in



arbitration or litigation. Generally, the contractual provisions or rules will say that the decision must be complied with in the meantime. Indeed, this is the very essence of the value of dispute review boards – they provide a means of resolving disputes in the first instance to enable the project to continue even if, following arbitration or litigation, the result may be reversed or modified in some way.

In enforcement proceedings, the arbitral tribunal/courts will not revisit the merits of the claim and there is very limited room for the defaulting party to resist enforcement. Examination of the merits of the original claim may, of course, be the subject of separate set of arbitral or court proceedings brought according to the contractual provisions or institutional rules to finally determine the dispute. A defendant may be able to resist enforcement where it can establish that the dispute review board has exceeded its jurisdiction, for example, where the dispute review board has issued a decision on a matter not referred to it or has issued a provisional decision where the parties have only authorised it to issue a final determination.

Conclusion

It is clear that dispute review boards are here to stay as an alternative means of resolving disputes and are particularly suitable for use on major construction projects. However, given the relatively summary process, parties rarely choose dispute review boards as the only mechanism for resolving disputes. Arbitration is generally retained as the fallback even if in practice the parties may be prepared to live with and abide by the decisions of the dispute review board without recourse to arbitration. Where the financial implications are substantial, or where there is a sense that the dispute review board has tended to ‘split the baby’ rather than rigorously analysing the contractual position, a party may want to refer the matter to an arbitral tribunal that will approach the issues without the benefit of knowledge of the full history of the project, for better or for worse.

